

Aktenzeichen: 2 AZR 475/01
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 7. November 2002
- 2 AZR 475/01 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 19. September 2000
- 17 Ca 163/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 7. März 2001
- 8 Sa 114/00 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Zugang eines Kündigungsschreibens

Gesetze:

BGB § 130 Abs. 1, § 242; BAT § 7 Abs. 2.

Leitsätze:

1. Ein Arbeitnehmer, der aus dem Verfahren vor der Hauptfürsorgestelle (jetzt Integrationsamt) weiß, daß ihm eine fristlose Kündigung zugehen wird, kann sich je nach den Umständen nach Treu und Glauben auf den verspäteten Zugang des Kündigungsschreibens nicht berufen, wenn er dieses nicht oder nicht zeitnah bei der Postdienststelle abgeholt hat, obwohl ihm ein Benachrichtigungsschreiben der Post zugegangen ist.

2. Zum Begriff "Vertrauensarzt" iSv. § 7 Abs. 2 BAT.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 475/01
8 Sa 114/00
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. November 2002

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin

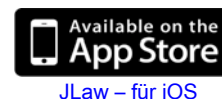
pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. November 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Brühl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bensinger und Röder für Recht erkannt:



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 7. März 2001 - 8 Sa 114/00 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung.

Die 1938 geborene schwerbehinderte Klägerin ist seit November 1977 als Justizangestellte beim Amtsgericht Hamburg beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis ist der Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) anwendbar. Die Klägerin war zunächst als Angestellte für Textverarbeitung und ab Mitte 1984 als Eintragerin beim Grundbuch tätig. Sie erhielt zuletzt Vergütung nach VergGr. V b der Anlage 1 a zum BAT. Infolge der Rationalisierung der Arbeitsabläufe (Einführung von EDV) hätte sie ab Juni 1997 wieder als Textverarbeiterin beschäftigt werden sollen. Vom 22. Januar 1997 bis zum 5. November 1999 hat die Klägerin jedoch nur Ende April 1998 an drei Tagen eine Arbeitsleistung erbracht. Im übrigen war sie arbeitsunfähig krank geschrieben bzw. nahm ihren tariflichen Jahresurlaub.

Die Beschäftigungsdienststelle der Klägerin beauftragte im Herbst 1999 den bei der Beklagten bestehenden Personalärztlichen Dienst (PäD) mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Dienstfähigkeit der Klägerin. Die Klägerin fand sich auch am 8. November 1999 zur Untersuchung ein. Die zuständige Ärztin teilte der Dienststelle jedoch unter dem 23. März 2000 mit, das Gutachten sei ohne Kenntnis der Diagnosen, die den Fehlzeiten in der Vergangenheit zugrunde gelegen hätten, nicht möglich. Entsprechende Anforderungen seien aber erfolglos geblieben. Mit Schreiben vom 23. Februar 2000 forderte die Beklagte daraufhin die Klägerin unter Fristsetzung bis zum 15. März 2000 unter gleichzeitiger Androhung einer fristlosen Kündigung letztmalig auf, den "Anforderungsschein für die DAK zur Mitteilung der AU-Diagnosen zu unterschreiben". Durch Anwaltsschreiben vom 16. März 2000 ließ die Klägerin erklären, sie werde einer Aushändigung der Diagnosen über ihre früheren Arbeitsunfähigkeiten an den PäD nicht zustimmen. Derzeit sei sie dienstfähig. Gegen eine Kündigung werde sie sich vor dem Arbeitsgericht zur Wehr setzen. Im April 2000 wurde der Gutachten-



auftrag endgültig zurückgegeben, weil die Klägerin die erforderlichen Befundberichte nicht beigebracht hatte. Im Juli 1998 hatte der PÄD von der Dienststelle schon einmal den Auftrag erhalten, die Dienstfähigkeit bzw. Dienstunfähigkeit der Klägerin festzustellen. Auch damals war dieser Auftrag unerledigt geblieben, nachdem die Klägerin drei der festgesetzten Untersuchungstermine, davon zwei unentschuldigt, nicht wahrgenommen hatte.

Am 27. März 2000 beantragte die Beklagte unter Hinweis auf den vorstehenden Sachverhalt bei der zuständigen Hauptfürsorgestelle die Zustimmung zu einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung. Die Hauptfürsorgestelle stimmte nach Anhörung der Klägerin am 5. April 2000 der Kündigung zu. Der zuständige Personalrat und die Vertretung der Schwerbehinderten bei den Hamburger Amtsgerichten stimmten der beabsichtigten Kündigung ebenfalls zu. Mit Schreiben vom 7. April kündigte die Beklagte daraufhin das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin wegen beharrlicher Verletzung der Mitwirkungspflicht nach § 7 Abs. 2 BAT fristlos. Das Kündigungsschreiben wurde dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 10. April 2000 zugestellt. Dieser reichte am 14. April 2000 Kündigungsschutzklage ein. Die Klägerin hatte ihm vorab zwar eine Prozeßvollmacht, aber keine Empfangsvollmacht für Kündigungen erteilt, weshalb er die Entgegennahme der Kündigung mit Schreiben vom 12. April zurückgewiesen hatte.

Außerdem wurde die Kündigung der Klägerin persönlich durch Postzustellungsurkunde übermittelt. Weil die Klägerin am Sonnabend, dem 8. April 2000, in ihrem Haus nicht angetroffen wurde, hinterlegte die Postzustellerin das zuzustellende Schriftstück beim zuständigen Postamt und warf einen Benachrichtigungsschein über die Niederlegung in den Briefkasten der Klägerin ein. Die Klägerin holte das Schreiben nach ihrer Darstellung am 20. April 2000 bei der Post ab. Schon zuvor hatte die Beklagte der Klägerin nach mehreren Abmahnungen mit Schreiben vom 26. Januar 1999 fristlos gekündigt. Sie hatte das eingeleitete Kündigungsverfahren aber nicht weiterverfolgt, nachdem sich die Klägerin darauf berufen hatte, sie sei bei Zugang des Benachrichtigungszettels über die per Einschreiben versandte Kündigung "in einem Hotel in Lübeck" gewesen, das niedergelegte Einschreiben habe sie erst nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB bei der Post abgeholt.

Die Klägerin macht geltend, ein Pflichtverstoß sei ihr nicht vorzuwerfen. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, den PÄD über die Diagnosen früherer Krankheiten zu informieren, da sie am 5. November 1999 ausweislich vorgelegter Atteste wieder ar-



beitsfähig gewesen sei. Außerdem sei die Beklagte nicht berechtigt gewesen, den Päd als Vertrauensarzt mit der Untersuchung zu beauftragen. Jedenfalls sei die Kündigung nicht unverzüglich nach Zustimmung der Hauptfürsorgestelle erfolgt. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, für den rechtzeitigen Zugang der Kündigung zu sorgen. Ihre Berufung auf den verspäteten Kündigungszugang sei deshalb auch nicht treuwidrig. Vom 7. bis 18. April 2000 habe sie sich auf Anraten ihrer Ärztin zu einer Kur an der Ostsee befunden. Nach ihrer Rückkehr habe sie den Benachrichtigungszettel in ihrem Briefkasten gefunden und am 20. April das Kündigungsschreiben abgeholt. Sie sei nicht an die Ostsee gefahren, um den Zugang einer Kündigung zu erschweren. Sie habe nicht damit gerechnet, daß die Beklagte eine Kündigung mittels Postzustellungsurkunde aussprechen würde, zumal die Beklagte zuvor erfolglos versucht habe, eine Kündigung per Einschreiben mit Rückschein zur Zustellung zu bringen.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung mit Schreiben vom 7. April 2000, zugegangen am 20. April 2000 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, der Päd habe allein auf der Grundlage der einmaligen Untersuchung der Klägerin den Gutachtenauftrag nicht ausführen können. Zu der Mitwirkungspflicht der Klägerin habe es deshalb gehört, der Ärztin des Päd die Vorbefunde zur Verfügung zu stellen bzw. die Einsichtnahme in diese Unterlagen durch eine Entbindung von der Schweigepflicht zu ermöglichen. Die beharrliche Weigerung der Klägerin, die Vorbefunde für das Gutachten verfügbar zu machen, habe zur Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geführt. Die Klägerin müsse sich auch zumindest so behandeln lassen, als sei ihr die Kündigung bereits am 10. April 2000 zugegangen. Die Klägerin habe den Benachrichtigungszettel der Post einfach unbeachtet gelassen, wenn sie nicht überhaupt in Kenntnis der drohenden Kündigung die rechtzeitige Zustellung bewußt vereitelt habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.



Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat - kurz zusammengefaßt - angenommen, die Klägerin habe die Erstellung des erforderlichen Gutachtens über ihre Dienstfähigkeit durch ihre beharrliche Weigerung vereitelt, an der Gutachtenerstellung in der gebotenen Weise mitzuwirken. Nach den Gesamtumständen stelle dies einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung dar. Es fehle jeglicher Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin sich in Zukunft bereitfinden würde, ihre Weigerung aufzugeben, die erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Auf den verspäteten Zugang des Kündigungsschreibens könne sich die Klägerin nach Treu und Glauben nicht berufen. Sie habe den Zugang der Kündigung mit bedingtem Vorsatz vereitelt. Mit dem Zugang habe sie fest rechnen müssen und auch gerechnet, wie sich aus der Erteilung der Prozeßvollmacht ergebe. Als sie Hamburg für elf Tage verlassen habe, ohne sich um die während ihrer Abwesenheit an ihre Privatanschrift gesandte Post zu kümmern, habe sie billigend in Kauf genommen, daß eine förmliche Zustellung der Kündigung nicht rechtzeitig würde erfolgen können, also in gleicher Weise scheitern würde wie bei dem Zustellungsversuch hinsichtlich der ersten Kündigung. Der bedingte Vorsatz der Klägerin ergebe sich auch daraus, daß sie ihrem Prozeßbevollmächtigten vor ihrer Abreise ausdrücklich keine Empfangsvollmacht erteilt habe. Abgesehen davon sei es nach den Umständen nicht sehr wahrscheinlich, daß die Klägerin vom 7. bis 18. April 2000 überhaupt nicht in Hamburg gewesen sei, um sich beispielsweise um ihre Post zu kümmern.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und in weiten Teilen der Begründung. Die fristlose Kündigung der Beklagten hat das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst.

I. Die Revision rügt zu Unrecht eine Verletzung von § 626 Abs. 1 BGB, § 54 Abs. 1 BAT.

1. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß der Begriff des wichtigen Grundes in § 54 Abs. 1 BAT keine andere Bedeutung hat als der in § 626 Abs. 1 BGB verwandte Begriff (*BAG 8. Juni 2000 - 2 AZR 638/99 - BAGE 95, 78*). Die Prüfung, ob ein bestimmter Sachverhalt die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes erfüllt, ist vorrangig Sache der Tatsachengerichte. Es handelt sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Diese kann vom Revisionsgericht nur einge-



schränkt daraufhin überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 626 BGB bzw. des § 54 Abs. 1 BAT Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen eine außerordentliche Kündigung sprechen, beachtet hat (*st. Senatsrechtsprechung vgl. 12. August 1999 - 2 AZR 748/98 - AP SchwbG 1986 § 21 Nr. 7 = EzA SchwbG 1986 § 21 Nr. 10; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 131/00 - AP BGB § 626 Nr. 169 = EzA BGB § 626 nF Nr. 183*). Diesem Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil stand.

2. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das Verhalten der Klägerin stelle einen zur fristlosen Kündigung an sich geeigneten wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB dar, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Ein Verstoß gegen die aus § 7 Abs. 2, § 59 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT resultierende Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers ist je nach den Umständen geeignet, eine Kündigung, auch eine außerordentliche Kündigung eines tariflich ordentlich nicht mehr kündbaren Arbeitnehmers zu rechtfertigen (*BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - AP BGB § 626 Nr. 142 = EzA BGB § 626 nF Nr. 171, zu II 3 der Gründe; Lepke, NZA 1995, 1084, 1090; Bezani Die krankheitsbedingte Kündigung S 72 f.*).

Nach § 59 Abs. 1 Unterabs. 1 BAT endet das Arbeitsverhältnis unter bestimmten Voraussetzungen, wenn durch Bescheid des Rentenversicherungsträgers festgestellt wird, daß der Angestellte berufs- oder erwerbsunfähig ist. Gemäß § 59 Abs. 1 Unterabs. 2 BAT tritt, falls der Angestellte schuldhaft den Rentenantrag verzögert, an die Stelle des Bescheides des Rentenversicherungsträgers das entsprechende Gutachten eines Amtsarztes. Diese Vorschrift wird ergänzt durch § 7 Abs. 2 BAT, wonach der Arbeitgeber bei gegebener Veranlassung durch einen Vertrauensarzt oder das Gesundheitsamt feststellen lassen kann, ob der Angestellte dienstfähig ist.

Der Arbeitnehmer, der berufs- oder erwerbsunfähig ist, aber schuldhaft die Stellung eines Rentenantrags verzögert, handelt grob pflichtwidrig. Das gleiche gilt, wenn er schuldhaft eine ordnungsgemäße ärztliche Begutachtung unmöglich macht, die der Klärung seiner Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit dient. Die Mitwirkungspflicht bei der ärztlichen Untersuchung umfaßt auch die Verpflichtung, dem untersuchenden Arzt die fachärztlichen Vorbefunde entweder selbst zur Verfügung zu stellen oder es ihm durch eine entsprechende Entbindung von der Schweigepflicht zu ermöglichen, die



Unterlagen beizuziehen oder in sie Einsicht zu nehmen (BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - AP BGB § 626 Nr. 142 = EzA BGB § 626 nF Nr. 171, zu II 2 der Gründe). Die Einbeziehung der Vorbefunde ist erforderlich, da die medizinische Beurteilung der Dienst- bzw. Erwerbsfähigkeit von komplexer Natur ist und seitens des Arztes regelmäßig durch eine einfache körperliche Untersuchung sachgerecht nicht geleistet werden kann. Könnte der Arbeitnehmer das Verfahren nach § 59 Abs. 1 BAT dadurch blockieren, daß er die Entbindung von der Schweigepflicht verweigert, so würde damit gerade der Zweck verfehlt, dem § 59 Abs. 1 BAT dient. Der Arbeitgeber müßte eventuell trotz bestehender Erwerbsunfähigkeit fortlaufend weiter Entgeltfortzahlungsleistungen erbringen.

b) Die Pflichtverletzung der Klägerin ist danach an sich geeignet, eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen.

aa) Die Beklagte hat die Klägerin zu Recht aufgefordert, sich einer Untersuchung nach § 7 Abs. 2 BAT zu unterziehen. Auf Grund der hohen Krankheitszeiten hatte die Beklagte hinreichenden Anlaß zu der Annahme, die Klägerin sei in Wahrheit nicht arbeitsunfähig krank, sondern dienst- bzw. erwerbsunfähig. Das Bedürfnis der Beklagten nach Aufklärung, ob die Klägerin schuldhaft einen Antrag auf Erwerbsunfähigkeitsrente verzögert hatte oder ob sogar Verdacht bestand, daß die Klägerin die Entgeltfortzahlungsbestimmungen über Gebühr ausnutzte, bot für die Beklagte einen hinreichenden Anlaß im Sinne von § 7 Abs. 2 BAT, die Klägerin einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen.

bb) Zu Recht hat das Berufungsgericht festgestellt, die zwei Atteste vom 5. November 1999, die der Klägerin Arbeitsfähigkeit bescheinigten, hätten eine Einsichtnahme in die Vorbefunde nicht überflüssig gemacht. Die Atteste stellten nur eine Momentaufnahme dar. Die Untersuchung sollte jedoch eine Prognose über die krankheitsbedingten Fehlzeiten der Klägerin in der Zukunft und ihre Dienstfähigkeit ermöglichen. Hierzu war es erforderlich, den bisherigen Krankheitsverlauf in die Prognose mit einfließen zu lassen.

3. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, daß die Beklagte die Dienstfähigkeit der Klägerin nach § 7 Abs. 2 Satz 1 BAT durch ihren Päd feststellen lassen durfte.



a) Der Päd ist als Dienststelle in das Senatsamt für den Verwaltungsdienst - Personalamt - eingegliedert. Er ist für ärztliche Untersuchungen und Begutachtungen der Bediensteten der Beklagten zuständig. Zu seinen Aufgaben gehört insbesondere die Untersuchung von Arbeitnehmern im Rahmen der tarifrechtlichen Bestimmungen, wobei die Überprüfung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen niedergelassener Kassenärzte für in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Arbeitnehmer hiervon ausgenommen worden ist (vgl. Bekanntgabe des Senatsamtes für den Verwaltungsdienst vom 13. November 1990 in: Mitteilungen für die Verwaltung der Freien und Hansestadt Hamburg [MittVw] vom 13. Dezember 1990 S 121).

b) Nach § 7 Abs. 2 BAT kann der Arbeitgeber die Dienstfähigkeit durch einen Vertrauensarzt oder das Gesundheitsamt feststellen lassen. Vertrauensarzt im Sinne der Norm kann auch ein vom Arbeitgeber eigens für derartige Untersuchungen eingerichteter personalärztlicher Dienst sein.

aa) Der Begriff "Vertrauensarzt" ist gesetzlich nicht allgemeingültig festgelegt (Lorenzen/Schmitt/Etzel/Gerhold/Schlatmann/Rehak BPersVG § 75 Rn. 170). Wenn die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes schon seit 1924 eine Begutachtung des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers durch einen "Vertrauensarzt" zulassen (vgl. § 22 Reichsangestellten-Tarifvertrag (RAT) Reichsbesoldungsblatt 1924, 113, 115), so meint dies jedenfalls nicht den Vertrauensarzt der Krankenkassen (vgl. § 368 Abs. 2 RVO idF der Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 RGBl. I 311, 325; jetzt "Medizinischer Dienst der Krankenversicherung", § 275 Abs. 1 Nr. 3 b SGB V). Der Vertrauensarzt der Krankenkassen hatte die Aufgabe, im Auftrag der Kasse als "anderer Arzt" ärztliche Bescheinigungen des behandelnden Arztes nachzuprüfen. Der Vertrauensarzt iSv. § 7 Abs. 2 BAT begutachtet demgegenüber im Auftrag des Arbeitgebers in eigener Zuständigkeit den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers und stützt sich dabei lediglich, soweit dies erforderlich ist, auf Vorbefunde der behandelnden Ärzte (ebenso LAG Berlin 17. Januar 1983 - 9 Sa 95/82 - AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 9).

bb) Der Wortlaut des § 7 Abs. 2 BAT enthält keine Einschränkungen hinsichtlich des Kreises von Ärzten, den der Arbeitgeber mit der Begutachtung betrauen darf. Wörtlich verstanden bedeutet die Vorschrift, daß der öffentliche Arbeitgeber einen Arzt seines Vertrauens mit der Begutachtung beauftragen kann (Clemens/Scheuring/Steingen/Wiese BAT Stand Oktober 2002 § 7 Erl. 4; Uttlin-



ger/Breier/Kiefer/Hoffmann/Dassau BAT Stand Oktober 2002 § 7 Rn. 4; Böhm/Spiertz/Sponer/Steinherr BAT Stand Oktober 2002 § 7 Rn. 27 jeweils unter Hinweis auf die Tarifgeschichte). Wenn § 7 Abs. 1 BAT bei der Einstellungsuntersuchung kein vertrauensärztliches Gutachten fordert, sondern das Zeugnis "eines vom Arbeitgeber bestimmten Arztes" ausreichen läßt, so läßt dies allerdings erkennen, daß die Tarifvertragsparteien als Vertrauensarzt iSv. § 7 Abs. 2 BAT nicht den nach Belieben des Arbeitgebers von Fall zu Fall bestellten Arzt ansehen. Vertrauensarzt ist vielmehr - zumindest in größeren Behörden - regelmäßig ein Arzt oder ein ärztlicher Dienst, der vom Arbeitgeber allgemein für derartige Begutachtungsaufgaben bestellt worden ist (vgl. zur Mitbestimmung bei der Bestellung von Vertrauensärzten als Angestellte oder Beamte § 75 Abs. 3 Nr. 10 bzw. § 76 Abs. 2 Nr. 4 BPersVG; § 86 Abs. 1 Nr. 17 HmbgPVG). Wenn im Tarifwortlaut nicht von "dem", sondern von "einem" Vertrauensarzt die Rede ist, so trägt dies offenbar dem Umstand Rechnung, daß ein bestellter Vertrauensarzt und selbst ein vertrauensärztlicher Dienst, der mehrere Ärzte beschäftigt, regelmäßig nicht alle ärztlichen Fachrichtungen abdecken kann. Daher kann es im Einzelfall stets erforderlich sein, für einen bestimmten Gutachtenauftrag einen Arzt einer speziellen Fachrichtung zum Vertrauensarzt zu bestellen.

cc) Danach bestehen keine Bedenken, einen von einer größeren Stadt eingerichteten personalärztlichen Dienst als Vertrauensarzt iSv. § 7 Abs. 2 BAT anzusehen, wenn dieser von der Stadt allgemein für die Erstattung derartiger Gutachten bestellt ist und gegen seine Fachkunde und Unvoreingenommenheit von dem betreffenden Arbeitnehmer keine Bedenken geltend gemacht werden (*einschränkend für den Betriebsarzt LAG Niedersachsen 14. Mai 1987 - 3 Sa 1654/86 - nv.; Bruse/Görg/Hamer/Hannig/Mosebach/Pieper/Rzadkowski/Schelter/Schmalz/Wolf BAT und BAT-Ost 2. Aufl. § 7 Rn. 52 ff.*). Die Revision rügt zu Unrecht, die Untersuchung nach § 7 Abs. 2 BAT könne nicht durch einen bei der betreffenden Behörde angestellten Arzt vorgenommen werden. Eine solche Einschränkung enthält die Vorschrift nicht. Sie wäre auch wenig sinnvoll. Bei einem nicht bei der Behörde angestellten Arzt, der einen nicht unwesentlichen Teil seiner Einkünfte aus der Erstellung derartiger vertrauensärztlicher Gutachten erzielt, kann die wirtschaftliche Abhängigkeit von der Behörde größer sein als bei einem angestellten Vertrauensarzt mit entsprechendem Kündigungsschutz. Auch die Begutachtung durch den Amtsarzt beim Gesundheitsamt ist nach § 7 Abs. 2 BAT stets unabhängig davon zulässig, ob es sich um ein städtisches Gesundheitsamt und einen Angestellten der betreffenden Stadt handelt, so daß der untersuchende Arzt dann ebenfalls beim Arbeitgeber angestellt ist. Ob § 7 Abs. 2 BAT auch eine Bestel-



lung des Betriebsarztes als Vertrauensarzt zuläßt - was auf den ersten Blick ebenfalls unbedenklich erscheint - kann dahinstehen. Die Beklagte hat nicht, wie von der Klägerin und dem Landesarbeitsgericht fälschlich angenommen, den mit den Aufgaben des Arbeitssicherheitsgesetzes betrauten Arbeitsmedizinischen Dienst der Behörde mit der Begutachtung beauftragt, sondern den davon unabhängig bestellten und mit einer anderen Ärztin besetzten PÄD, dem nur die technischen Einrichtungen und das Hilfspersonal des Arbeitsmedizinischen Dienstes zur Verfügung gestellt worden sind.

dd) Die Interessen des Arbeitnehmers werden durch die Beauftragung eines derartigen personalärztlichen Dienstes nicht unangemessen beeinträchtigt. Zunächst dient es dem Schutz des Arbeitnehmers, daß nach § 7 Abs. 2 Satz 2 BAT der öffentliche Arbeitgeber von der Befugnis, ein Gutachten über die Dienstfähigkeit des Arbeitnehmers erstellen zu lassen, nicht willkürlich Gebrauch machen darf. Da der Arbeitgeber nach § 7 Abs. 2 BAT zwischen Amtsarzt und Vertrauensarzt wählen kann, ist es auch nicht seinem Belieben überlassen, wer die Begutachtung durchführt. Die Auswahl hat vielmehr nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) zu erfolgen. Macht der Arbeitnehmer rechtzeitig vor oder während der Begutachtung begründete Bedenken etwa gegen die Fachkunde und Unvoreingenommenheit des begutachtenden Arztes geltend, so kann es je nach den Umständen allein billigem Ermessen entsprechen, daß der Arbeitgeber den Amtsarzt mit der Begutachtung beauftragt. Gleiches gilt, wenn etwa bei der Beauftragung eines Vertrauensarztes der Arbeitnehmer mit gewichtigen Argumenten die Fachkunde des bestellten Allgemeinmediziners als Vertrauensarzt in Frage stellt und die Begutachtung durch einen Vertrauensarzt einer bestimmten Fachrichtung fordert (vgl. BAG 15. Juli 1993 - 6 AZR 512/92 - AP MTB II § 10 Nr. 1). Schließlich ist der Arbeitnehmer auch nach Erstellung des Gutachtens nicht an dessen Inhalt gebunden, derartige vertrauensärztliche Gutachten sind vielmehr durch die Gerichte vollumfänglich nachzuprüfen.

4. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Interessenabwägung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Entsprechende Rügen werden von der Revision auch nicht erhoben. Die Klägerin kann sich insbesondere in bezug auf ihre Weigerung, dem PÄD Vorbefunde zur Verfügung zu stellen, nicht auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen.

a) Ob die beharrliche Verletzung der Pflicht, dem untersuchenden Arzt Vorbefunde zur Verfügung zu stellen, im Einzelfall nach § 626 Abs. 1 BGB bzw. § 54 BAT



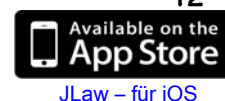
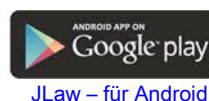
einen wichtigen verhaltensbedingten Grund zur außerordentlichen Kündigung darstellt, hängt von der Abwägung der Umstände und der beiderseitigen Interessen ab. Entscheidend kommt es darauf an, in welchem Maße die Pflichtverletzung des Arbeitnehmers als schuldhaft anzusehen ist. Hatte der Arbeitnehmer vertretbare Gründe für seine Weigerung, auf deren Richtigkeit er vertraut und die er dem Arbeitgeber vor oder bei der Weigerung mitgeteilt hat, so wird regelmäßig kein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorliegen (*BAG 6. November 1997 - 2 AZR 801/96 - AP BGB § 626 Nr. 142 = EzA BGB § 626 nF Nr. 171, zu II 3 b der Gründe; 23. Februar 1967 - 2 AZR 124/66 - AP BAT § 7 Nr. 1; Arndt/Baumgärtel ua. in: Fürst Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht GKÖD IV Recht der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst BAT § 7 Rn. 10*).

b) Die Klägerin kann sich hier weder darauf berufen, daß sie sich nicht als verpflichtet ansah, die Vorbefunde zugänglich zu machen, noch darauf, daß sie den Päd nicht als tauglichen Vertrauensarzt im Sinne des § 7 Abs. 2 BAT ansah.

aa) Wenn der Klägerin auch die Pflicht zur Vorlage der fachärztlichen Vorbefunde zunächst nicht bekannt gewesen sein mag, so wurde sie auf die Pflichtwidrigkeit ihrer Weigerung in der Abmahnung vom 23. Februar 2000 ausdrücklich hingewiesen. Sie hatte auf Grund der Abmahnung die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit ihrer Weigerung zu überprüfen. Daß sie hierbei zu dem fehlerhaften Ergebnis kam, ihre Weigerung sei berechtigt, steht der Wirksamkeit der Kündigung nicht entgegen. Die Beklagte hat mit der Abmahnung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Genüge getan und durfte die Kündigung für den Fall des ungenutzten Fristablaufs durch die Klägerin aussprechen.

bb) Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten vor oder bei der Weigerung nie zum Ausdruck gebracht, sie sehe den Päd nicht als Vertrauensarzt im Sinne des § 7 Abs. 2 BAT an. Sie hat auch nie geäußert, sie bringe dem Päd der Beklagten kein Vertrauen entgegen. Vielmehr fand sie sich am 8. November 1999 zu einem Untersuchungstermin ein und ließ sich durch die Ärztin des Päd untersuchen.

II. Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert auch nicht an § 21 Abs. 5 SchwbG (ab 1. Juli 2001 § 91 Abs. 5 SGB IX). Nach dieser Vorschrift kann die Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgen, wenn sie unverzüglich nach Erteilung der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (jetzt Integrationsamt) zur Kündigung des schwerbehinderten Arbeitnehmers erklärt wird.



1. Es mag schon fraglich sein, ob die Beklagte überhaupt nach § 21 Abs. 5 SchwbG verpflichtet war, die Kündigung unverzüglich nach Zustimmung der Hauptfürsorgestelle auszusprechen. Die dem Schutz des Arbeitgebers dienende Regelung des § 21 Abs. 5 SchwbG ergänzt als speziellere Regelung nur § 626 Abs. 2 BGB nach Ablauf der zweiwöchigen Kündigungserklärungsfrist. Sie greift deshalb nur ein, wenn die Frist des § 626 Abs. 2 BGB bei Erteilung der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle schon abgelaufen war. Sie führt nicht zur Verkürzung der Frist des § 626 Abs. 2 BGB (*BAG 15. November 2001 - 2 AZR 380/00 - AP BGB § 626 Ausschußfrist Nr. 45*). § 21 Abs. 5 SchwbG greift danach nicht ein, wenn der Kündigungsgrund einen Dauertatbestand darstellt und deshalb der Lauf der Frist des § 626 Abs. 2 BGB bei Zustimmung der Hauptfürsorgestelle noch nicht einmal begonnen hatte. Im Bereich verhaltensbedingter Kündigungen ist der Senat von einem Dauertatbestand zB bei unentschuldigtem Fehlen des Arbeitnehmers ausgegangen und hat deshalb angenommen, die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB beginne frühestens mit dem Ende der unentschuldigten Fehlzeit (*22. Januar 1998 - 2 ABR 19/97 - AP BGB § 626 Ausschußfrist Nr. 38 = EzA BGB § 626 Ausschußfrist Nr. 11*). Vergleichbares könnte hier gelten, würde man die endgültige Weigerung der Klägerin, an der Untersuchung durch den Vertrauensarzt hinreichend mitzuwirken, nach den zahlreichen Aufforderungen durch die Beklagte als auf Dauer angelegte Pflichtverletzung ansehen, die ohne weitere (nutzlose) Aufforderung durch die Beklagte einen Dauertatbestand im Sinne der Rechtsprechung zu § 626 Abs. 2 BGB darstellt. Dies kann jedoch letztlich offenbleiben.

2. Ebenso muß der Senat nicht abschließend entscheiden, ob die Umstände, die den verspäteten Zugang bewirkt haben, tatsächlich die Annahme rechtfertigen, die Beklagte habe nicht iSv. § 21 Abs. 5 SchwbG unverzüglich gekündigt. Zwar stellt das Erfordernis der unverzüglichen Kündigung auf den Zugang, nicht auf die Absendung des Kündigungsschreibens ab. Es ist dem Landesarbeitsgericht auch darin zu folgen, daß es regelmäßig zur Fristwahrung im Rahmen des § 21 Abs. 5 SchwbG nicht ausreicht, wenn das Kündigungsschreiben dem Arbeitnehmer erst knapp zwei Wochen nach der Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zugeht. Wenn das Gesetz dem Arbeitgeber bewußt keine Nachfrist nach Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gewährt, sondern die unverzügliche Kündigung fordert, so entspricht eine Kündigung, die nach Zustimmung der Hauptfürsorgestelle fast noch einmal die volle Frist des § 626 Abs. 2 BGB ausschöpft, regelmäßig nicht diesen Anforderungen. "Unverzüglich" bedeutet jedoch nach der gesetzlichen Definition (§ 121 Abs. 1 BGB) "ohne schuldhaftes Zögern". Die Beklagte hat danach nur dann nicht unverzüglich nach Zugang des Be-

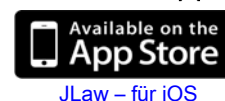
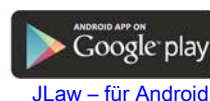


scheides der Hauptfürsorgestelle gekündigt, wenn sie die Verzögerung des Zugangs des Kündigungsschreibens zumindest mitverschuldet hat. Dies ist aber äußerst fraglich. Die Beklagte hat auf Grund der früheren Erfahrungen mit der Klägerin zwei gesetzlich zulässige Zustellungsformen für das Kündigungsschreiben gewählt, von denen sie annehmen konnte, daß zumindest eine innerhalb weniger Tage zum Zugang des Kündigungsschreibens führen würde. Die Verzögerung beruhte demgegenüber nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts allein darauf, daß die Klägerin mit bedingtem Vorsatz Zugangshindernisse aufgebaut hatte. Entscheidend kommt es darauf aber nicht einmal an.

3. Selbst wenn man zugunsten der Klägerin davon ausgeht, ihre fortlaufende und nunmehr endgültige Weigerung zur Mitwirkung bei der Erstellung des Gutachtens stelle keinen Dauertatbestand iSv. § 626 Abs. 2 BGB dar und das Kündigungsschreiben sei am 20. April 2000 nicht mehr als unverzüglich zugegangen anzusehen, kann sich die Klägerin jedenfalls, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat, nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht auf den verspäteten Zugang des Kündigungsschreibens berufen. Ein Arbeitnehmer, der - wie die Klägerin - aus dem Verfahren vor der Hauptfürsorgestelle weiß, daß ihm eine fristlose Kündigung zugehen wird, kann sich je nach den Umständen nach Treu und Glauben auf den verspäteten Zugang nicht berufen, wenn er das Kündigungsschreiben nicht oder nicht zeitnah bei der Postdienststelle abgeholt hat, obwohl ihm ein Benachrichtigungsschein der Post zugegangen ist.

a) Das Kündigungsschreiben ist der Klägerin am 20. April 2000 zugegangen. Eine Erklärung, die eine Behörde im privatrechtlichen Bereich mittels Zustellung durch die Post abgibt, gilt nicht bereits mit Einwurf des Benachrichtigungszettels durch den Postbeamten als zugegangen. Der Zugang erfolgt erst durch Aushändigung des Schreibens auf der Poststelle (§ 130 Abs. 1 BGB). § 132 BGB gilt nur für die Erklärung durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers und ist auf eine derartige Postzustellung nicht entsprechend anwendbar (*BGH 3. November 1976 - VIII ZR 140/75 - BGHZ 67, 271, 276 f.*).

b) Eine Willenserklärung, die nicht oder verspätet in den Empfangsbereich der Person gelangt, für die sie bestimmt ist, kann aber je nach den Umständen nach § 242 BGB als rechtzeitig zugegangen angesehen werden. Wenn auch eine allgemeine Pflicht, Empfangsvorkehrungen zu treffen, nicht besteht und der Empfänger einer



Benachrichtigung über die Niederlegung einer Zustellung auch nicht ohne weiteres gehalten ist, das für ihn niedergelegte Schriftstück zeitnah abzuholen, so kann sich aus dem Bestehen von Rechtsbeziehungen zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger und der besonderen Art solcher Beziehungen doch ergeben, daß der Erklärungsempfänger, wenn er das niedergelegte Schriftstück nicht abholt, sich so behandeln lassen muß, als sei es in seinen Machtbereich gelangt (*BGH 3. November 1976 - VII ZR 140/75 - BGHZ 67, 271 277, ff.; 26. November 1997 - VII ZR 22/97 - BHGZ 137, 205*). Ein solcher Fall kann insbesondere in einem Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn etwa ein schwerbehinderter Arbeitnehmer aus dem Verfahren vor der Hauptfürsorgestelle weiß, daß der Ausspruch einer fristlosen Kündigung durch seinen Arbeitgeber unmittelbar bevorsteht, und er den Benachrichtigungsschein über die Postzustellung des Kündigungsschreibens tatsächlich erhält oder die Unkenntnis von dessen Zugang zu vertreten hat und er dann das Kündigungsschreiben verspätet bei der Poststelle abholt (*BAG 3. April 1986 - 2 AZR 258/85 - AP SchwbG § 18 Nr. 9 = EzA SchwbG § 18 Nr. 7*).

c) Ein solcher Treuverstoß ist hier anzunehmen. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, daß 1999 schon einmal der Versuch der Beklagten, der Klägerin eine fristlose Kündigung per Einschreiben zu übersenden, unter ähnlichen Umständen gescheitert war. Daraufhin hat die Beklagte die ihr zumutbaren Maßnahmen getroffen, nunmehr auf zwei verschiedenen, gesetzlich vorgesehenen Wegen den rechtzeitigen Zugang des zweiten Kündigungsschreibens zu bewirken. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, es hätten auch noch andere Möglichkeiten bestanden (etwa Botenzustellung), einen rechtzeitigen Zugang des Kündigungsschreibens zu bewirken. Mehr als die Beklagte getan hat, konnte von ihr unter den gegebenen Umständen nicht verlangt werden. Demgegenüber hat die Klägerin - nach der Wertung des Landesarbeitsgerichts mit bedingtem Vorsatz - Anstalten getroffen, die zu einer erheblichen Verzögerung des Zugangs des Kündigungsschreibens geführt haben. Nach Treu und Glauben wäre die Klägerin unter den gegebenen Umständen verpflichtet gewesen, für einen ordnungsgemäßen Postzugang oder eine Nachsendung während ihrer Abwesenheit zu sorgen, ihrem Anwalt (auch) Empfangsvollmacht zu erteilen oder zumindest die Beklagte darüber zu informieren, daß sie für längere Zeit verreisen wollte. Der Klägerin war der Tag des voraussichtlichen Zustellungsversuch aus dem Verfahren vor der Hauptfürsorgestelle ziemlich exakt bekannt. Sie hatte auch schon durch Erteilung einer Prozeßvollmacht Vorsorge dafür getroffen, daß ihr Anwalt wenige Tage nach Absendung des Kündigungsschreibens am 13. April 2000 eine Kündigungsschutzklage



fertigen und am 14. April 2000 beim Gericht einreichen konnte. Die Klägerin mußte nach den Umständen davon ausgehen, daß die Beklagte, die weder über einen Urlaub, noch über eine Kur, noch über einen kurähnlichen Aufenthalt der Klägerin "in einem Hotel an der Ostsee" informiert war, annahm, auf einem der beiden gewählten Zustellungswege werde das Kündigungsschreiben die Klägerin erreichen. Auffallend ist auch die Plötzlichkeit, mit der die Klägerin angeblich kurbedingt abreiste, ohne irgendwelche Vorkehrungen für den Zugang des erwarteten Kündigungsschreibens zu treffen, obwohl sie im Prozeß zuletzt nicht einmal mehr behauptet hat, ihre Ärztin habe ihr zu einer kurbedingten Abreise an diesem Tag geraten. Dies alles läßt es als treuwidrig erscheinen, daß die Klägerin die durch ihr eigenes Verhalten verursachten Zugangsprobleme nunmehr der Beklagten anlasten möchte.

4. Auf die Bedenken des Landesarbeitsgerichts, ob dem Vorbringen der Klägerin zu dem verspäteten Zugang des Kündigungsschreibens im Hinblick auf die aufgezeigten Widersprüche und Unklarheiten überhaupt zu folgen ist, kommt es damit nicht mehr an.

Rost Bröhl Schmitz-Scholemann

Bensinger Röder



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
[\(mobile App\)](#)

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)